

Con todo, existen supuestos en que la prueba ha de practicarse fuera de la sede del órgano judicial. En concreto:

- a) Cuando resulte necesario acudir al auxilio jurisdiccional para practicar pruebas que se encuentran fuera del ámbito de circunscripción territorial del tribunal de la causa, sea haciendo el requerimiento a otro tribunal salvadoreño mediante oficio expreso (comisión procesal, art. 141 CPCM), si el medio de prueba se halla dentro del país; o a un tribunal extranjero en otro caso mediante el correspondiente exhorto o carta rogatoria.

En este último supuesto habrá de estarse a los trámites de los arts. 150 y ss. del propio Código, en cuanto a su expedición por la autoridad judicial y su posterior gestión, y a lo dispuesto por los Convenios suscritos por El Salvador en la materia²³⁸.

- b) Cuando así lo impone la propia naturaleza de la prueba: por ejemplo el reconocimiento judicial de un bien inmueble o de un lugar; o la práctica de una testifical cuando la persona por motivos de salud no puede desplazarse de su residencia o del centro hospitalario donde se halle.

A su vez, existen casos en que el órgano judicial ha de adoptar actuaciones antes de la audiencia de prueba, con el fin de garantizar la presencia tanto de fuentes de información, como de medios de convicción, de los que se teme pueden desaparecer por causas humanas o naturales. A este fenómeno responden las dos instituciones que vamos a ver a continuación:

2.10.9.2 Aseguramiento de la prueba:

2.1.- De modo similar a como se regula en España, los arts. 323 y 324 CPCM contemplan la posibilidad de solicitar, antes de entablarse un proceso por quien pretende interponer demanda, o una vez iniciado éste por cualquiera de las partes en momento anterior a la práctica de prueba, que el juzgado competente acuerde medidas específicas para la conservación de una fuente de información (fuente de prueba) útil al proceso, al existir riesgo de que esta última puede destruirse, desaparecer o extraviarse, si se espera al momento procesal ordinario para su recolección y aportación ante el tribunal.

Señala la ley que la situación de riesgo puede responder a una eventual “conducta humana” (de la contraparte o de terceros) o a “un acontecimiento natural” –art. 323-, extremos

²³⁸ Habrá de tenerse presente, entre otras, la reglamentación establecida por la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975 y ratificada por El Salvador el 19 de mayo de 1980 (D.O. n° 98, Tomo 267, del 27 de mayo de 1980), donde también se emplean los términos “exhorto” y “carta rogatoria” como sinónimos; así como el Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, suscrita en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, al cual se ha adherido El Salvador por Instrumento de 28 de mayo de 2007 (D.O. n° 175, Tomo 376, del 21 de septiembre de 2007).

que deberá justificar ante el juez quien proponga las medidas, así como la utilidad de la información que se pretende asegurar, y el contenido de las medidas concretas que habrían de llevarse a efecto.

La justificación del riesgo entraña un juicio de probabilidad más o menos cualificado, no una situación de certeza, porque casi nunca va a ser seguro que el atentado o la acción natural va a actuar.

Planteada entonces la solicitud, a ella proveerá el juzgado que sería competente por ley (materia y territorio) para conocer de la demanda aún no presentada, mientras que si el proceso ya se inició se hará ante el propio tribunal que haya asumido su sustanciación (art. 324), el cual lo tramitará como un incidente respecto de la pretensión principal. Prevé la ley que sea oída la parte contraria a la que va a perjudicar la ejecución de la medida, bien para que pueda oponerse a ella de modo absoluto, bien para evitar que se materialice ofreciendo caución suficiente ante las consecuencias futuras que produzca la efectiva desaparición de la fuente.

2.2.- Si el juez considera cumplidos los presupuestos resolverá una de las siguientes tres alternativas (art. 324): a) aceptar la caución ofrecida por quien debía soportar la medida, y no ordenar su ejecución aunque el auto aclare que la medida sí era procedente; b) si quien debe soportar la medida no ofrece caución o ésta resultare insuficiente, el juez acordará la medida sin más, c) también podrá acordar la medida pero sujetando al solicitante de ella a que constituya una caución para responder de los daños y perjuicios que se derivarán de su ejecución; si tal caución no se constituye la medida de aseguramiento no se realizará.

No dice la ley en qué consistirán esas medidas de aseguramiento. La lógica indica que, por la finalidad de lo que se solicita, aquellas pueden traer consigo el depósito de la cosa bajo control judicial, cuyos gastos en su caso debería abonarlos el solicitante de la medida; o el precintado de la estancia del bien inmueble de que se trate, o el vallado de todo éste en caso extremo; o la instalación de una cubierta u otro tipo de protecciones para evitar la degradación por vía natural. Habrá de estarse a las circunstancias del problema concreto que se suscita.

2.3.- Para fijar la cuantía de ambas clases de caución, señala la ley en el último inciso del art. 324 CPCM, que “el juez deberá respetar la proporcionalidad, referida a la capacidad patrimonial del solicitante y al objeto del proceso”. Si bien el primero de los aspectos reseñados (capacidad económica) no plantea dificultades, el segundo de ellos -la proporcionalidad en relación con el “objeto del proceso”- merece cierta atención especial cuando se trata de la caución para levantar la medida. Se habla aquí de ponderar el riesgo por la pérdida de una fuente de prueba que puede llegar a resultar decisiva para el triunfo de la defensa que se sostiene.

Por tanto, para fijar el valor de la caución desde esta perspectiva, el perjuicio ha de proyectarse sobre las consecuencias económicas o de otro tipo (según cuál fuere la naturaleza de la pretensión defendida) que causarían al proponente (actor o demandado,

reconviniente o reconvenido) perder el pleito por dicha falta de prueba. El daño, por tanto, no se refiere en sí mismo a la desaparición de la fuente de prueba como tal fuente, sino en su repercusión de cara a ser vencido por ello en el pleito de que se trate. Al mismo tiempo, no es menos cierto que la adopción de medidas de aseguramiento pueden suponer con frecuencia limitaciones al uso y disfrute de un bien, e indirectamente entorpecer su valor en el mercado y su enajenación. Por todo ello, el Juez en definitiva es quien debe sopesar en qué casos será mejor adoptar la medida y no permitir, por la naturaleza de lo discutido en juicio, que se pueda levantar aquella por caución, o cuándo adquiere mayor gravedad el daño producido a quien ha de soportar la medida si ésta se lleva a cabo, por sobre los intereses litigiosos en juego.

2.4.- Finalmente, indicar que la ley omite imponer un plazo máximo de duración de las medidas de protección cuando éstas se adoptan. Tratándose de un proceso ya iniciado el horizonte para su levantamiento es más o menos claro, pues se producirá en cuanto se llegue a la fase de práctica de la prueba y a través del medio de convicción escogido (pericial, reconocimiento judicial), se capten las fuentes de prueba respectivas. Sin embargo, cuando las medidas se acuerdan antes de empezar el proceso, es evidente que debe existir un límite temporal para corroborarse que la demanda se ha presentado o de contrario levantar la eficacia de las medidas. De no ser así la norma estaría facilitando el uso fraudulento de este mecanismo para causar perjuicios a la persona que ha de soportar la medida, a la que se tendría indefinidamente sometida al dictado del proponente de ella. No puede permitirse tal cosa.

Por tanto, parece lo aconsejable que se aplique aquí por analogía para el Aseguramiento de prueba, el mismo límite temporal de un mes para presentar la demanda que rige en otros ámbitos preventivos cuando todavía no se ha deducido esta última²³⁹. Bajo sanción por tanto de cesación irrevocable de la medida si no se formaliza, y además sin menoscabo de los daños y perjuicios que para entonces pudieran haberse causado al obligado por la ejecución de la medida durante ese tiempo (un mes) que estuvo en vigor. En todo caso, toda reclamación de daños y perjuicios exigirá siempre la alegación y prueba del interesado sobre la realidad de los mismos y su valor económicos, a través del proceso declarativo que corresponda por la cuantía. No opera la indemnización de manera automática, pues, en forma de entrega de lo caucionado (si es que se constituyó caución previa) simplemente porque la persona diga que ha sufrido tales daños o perjuicios.

2.10.9.3 Anticipo de prueba:

2.10.9.3.1 Concepto y diferencias con el aseguramiento de la prueba y con las diligencias preliminares:

El Código regula en los arts. 326 a 329 lo que denomina como “Anticipo de prueba”, esto es, la práctica de un medio de convicción en algún momento anterior a la fase probatoria

²³⁹ Ver art. 255 párrafo segundo para las diligencias preliminares; arts. 328 último párrafo y 329 párrafo tercero para el anticipo de prueba; y el art. 434 para las medidas cautelares.

ordinaria de los respectivos procesos, debida a una situación de riesgo que aconseja no esperar a entonces, ante la posibilidad de que pueda producirse su desaparición. Conviene tener presente cuáles son sus presupuestos, al hilo de diferenciar esta figura de otras dos con las que guarda cierto parentesco en función de su objeto:

a) Anticipo y Aseguramiento de prueba:

1. Mientras en el Aseguramiento, como antes examinábamos, lo que se protege directamente es la fuente de prueba que puede destruirse o desaparecer, sin importar tanto el medio de prueba que podría servir para traer esa fuente de información ante el juez (dándose por supuesto que el medio siempre existirá disponible), en cambio en el Anticipo lo que se protege inmediatamente es el medio de prueba, que es el que tiene peligro de extinguirse, aunque en muchos casos la pérdida del medio traería consigo también la de la fuente, si es el único que ha captado los hechos.

2. En el Aseguramiento los factores de riesgo son exógenos: un posible acto humano (producto de una conciencia volitiva traducida en acción u omisión negligente) o un hecho de la naturaleza de efecto destructivo.

Mientras que en el Anticipo los factores de riesgo son más bien endógenos, al decir la ley que dependerá de “la situación de las personas o el estado de las cosas” (art. 326 primer párrafo), es decir, por sí mismos y no por influjo ajeno. Como excepción sí que se contempla el riesgo por acto humano en el supuesto de los documentos que no se pudieron aportar en su momento: “y se tema por la destrucción u ocultación de los mismos”.

Ahora bien, al margen de esta previsión para los documentos, lógicamente no puede descartarse la alternativa de un riesgo de peligro impulsado por el actuar de un tercero, o de un factor medio ambiental, en este sentido la expresión legal debe tomarse con cierto significado amplio, siempre que objetivamente aflore tal situación de temor a la desaparición del medio, inclusive también por un factor externo.

3. En el Aseguramiento de prueba no existe una delimitación legal de las fuentes de prueba susceptibles de ser protegidas, lo que es lógico puesto que el número y contenido de éstas deviene tan indefinible e inconmensurable como los potenciales temas de prueba que podrían suscitarse en cualquier litigio real. En el Anticipo de Prueba, como lo que se protegen son los medios de prueba, cuya caracteriología se halla definida en el Código, el legislador sí puede delimitarlos a estos efectos, y así lo hace optando por permitir la práctica anticipada respecto de todos los medios de prueba que, eso sí, sean “de los que este código prevé”. No otros.

4. En el Aseguramiento de prueba la actividad del Juez no consiste en celebrar un acto público para la práctica de un medio de convicción, sino en velar por la adopción de actuaciones positivas por parte de la fuerza pública, o a través de la colaboración de particulares, para lograr poner a salvo y conservar el objeto o el lugar que contiene la fuente de prueba. En el Anticipo de prueba, la actividad siempre se sustancia en la práctica de

un medio probatorio. Incluso en el ámbito de la prueba documental, pues como señala el art. 327, tratándose de instrumentos públicos o privados no se trata de admitirlos sin más a los autos (aportación), sino en proveer a su entrega a cargo de quien los tuviere, archivo público o particular, siempre que el proponente hubiera cumplido con su carga de advertir de su existencia y del motivo de su no aportación entonces, en el trámite de las alegaciones iniciales (demanda o contestación, según quien fuere).

5. Hay, con todo, un caso en que bajo las reglas del Anticipo de prueba podría buscarse la protección de la fuente, antes que la del propio medio de convicción: sería aquel en que se pide la práctica de un reconocimiento judicial por el riesgo de que el bien mueble o inmueble, o el lugar objeto del reconocimiento, pudiera destruirse o cambiar su aspecto por hechos humanos (edificaciones, actos vandálicos) o de la naturaleza.

En tal hipótesis puede interesar a la parte no que se precinte la cosa o el lugar, con todo lo que ello trae aparejado en orden a posibles perjuicios para la otra parte, cauciones y contracautas, sino que se lleve a cabo de una vez el reconocimiento precisamente a través del Anticipo de prueba.

No es el “medio” el que está aquí en riesgo (el juez que levanta el reconocimiento) sino la fuente, pero el camino elegido del Anticipo se antoja el más correcto y menos invasivo para la situación personal y patrimonial de ambas partes.

b) Anticipo de prueba y diligencias preliminares:

Aunque algunas de las actuaciones que pueden instarse al socaire del art. 255 CPCM tienen relación con la exhibición o reconocimiento de prueba documental²⁴⁰, la función de las diligencias preliminares no tiene que ver con una práctica anticipada de prueba, ni con la protección de fuentes o medios de convicción. Tan sólo facilitar a la persona que tiene interés en presentar una demanda la aclaración de aquellos extremos, subjetivos y objetivos, que le son desconocidos o necesita verificarlos previamente con el fin de articular una pretensión procesal lo más ortodoxa y completa posible, capaz de evitar la ulterior paralización o incluso archivo del proceso por la estimación de excepciones procesales de improponibilidad o inadmisibilidad de la demanda.

De allí que estas diligencias sólo tienen sentido antes del proceso y nunca ya después (para lo cual, además, la ley nada autoriza sobre ellas), siendo que la posibilidad de deducir argumentos de prueba de la negativa del sujeto obligado a acatar el requerimiento que se le formula (art. 261 CPCM), tiene ante todo naturaleza de sanción procesal por su actitud obstruccionista.

²⁴⁰ Varios supuestos de dicho precepto, en efecto, versan sobre exhibición de documentos públicos y sobre todo privados (los apartados 4°, 5°, 16° y 17°); en otros es muy posible que *de facto* el resultado del requerimiento judicial también acarree dicha exhibición (los apartados 1°, 2°, 3°, 6°, 7°, 11°). E incluso algunos sirven como decimos arriba, para el reconocimiento de documentos (apartados 9° y 13°).